

# 新憲法の民定憲法性と明治憲法の 欽定憲法性

西 口 照 男

新憲法の採用する絶對的平和主義は何人も認むる如く諸外國の憲法にその比をみざるものであるから、それは世界の諸憲法に魁けたものということが出来るが、それ以外において、新憲法の新憲法たる所以は、明治憲法の基本原理と新憲法のそれとの對比に於てこれを認知しうべく、諸外國の進歩的憲法との對比に於ては必ずしもその革命的意義の把握は困難であらう。何となれば、いうまでもなく、基本的人權の尊重、國民主權、民定憲法等は諸外國に於ては少しも目新しいことではないからである。

さきにわたくしは、「明治憲法史の一斷面」(「經營と經濟」自第二八年第二冊至第二九年第三冊所收)に於て、明治憲法の三大基本方針が、新憲法に於て根本的に變革せることについて、「前略、一言にしていえば、國体の變革、欽定憲法より民定憲法へ、海外各國の成法斟酌に於て民權を抑えて君權中心主義の舊プロシヤ憲法を主とすることより、民主的米英の憲法斟酌への百八十度の轉回であり……」「三大方針變革の詳細は稿を更めて論ずるであらうし、後二者の大轉回については既に他に簡述したところに譲り……」として同論文の「結言」を一應怠いたのであつた。しかも同論文に於て、新憲法が民定憲法たることについては異論あることを述べ、新憲法の民定憲法性については他稿に於て詳論することを留保しておいた。

わたくしは、本稿に於て、先づ明治憲法の強き欽定憲法性を知る意味に於て明治憲法制定過程におけるその制定方法、及びその結果を一瞥し、次に新憲法制定に關する種々の論議を略述し、新憲法の民定憲法性に論及しようと思う。かくて新憲法の有する革命的意義の闡明に役立たしむるであらう。

## 二

欽定憲法は君主主權に基いて君主が制定する憲法であり、外國にその例多きも、佛國の一八一四年ルイ十八世の憲法がその著しき例として何人によつても擧げられている。

而して又明治憲法が欽定憲法たることについては何人も疑わざるところであり、且それが明治憲法の重要な特色として學者の一致して指摘し來つたものである。明治憲法が如何に強く欽定憲法主義を貫徹せるかはその制定の道程に徴して明らかであり、それ故本稿に於ては制定史よりその要旨を簡述しよう。

先づ政黨、民間の一部に行われた國約ないし民定憲法論をみよう。明治十三、四年頃は、憲法制定は如何にすべきか、如何なる内容のものたるべきかをめぐつて私擬憲法が數多表われた。その際明治憲法の如き強き欽定憲法の方法、その君權至上の内容は民間に於ては主張されなかつた。御用新聞といわれた東京日日新聞さえも英國流の立憲主義により、憲法制定は國約憲法を主張したのであり、(鈴木安藏、自由民權、二四九頁)それは相當強き君主主義の主張であつたにせよ、憲法制定會議を開いて草案を審議すべしとの論であつた。爾餘のものはおして知るべしで強き國約憲法の主張も相當あつたのである。これら國約憲法論にも種々のニュアンスはあつたが、憲法の草案は官民相會して審議すべきものとなし、先づ國會を開設すべしと叫んだのは當然である。(鈴木、前掲書、二三三頁)更に主權在民、共和制、民約憲法の憲法思想を秘かに懷くものはあつても公表するなどは到底不可能であり、たかだか國約憲法の主張の公表にとどまつた。主權在民の主張は、理論的には天皇制否定の歸結に到達すべき論も考へうるが、當時かかる論が公表されなかつたことは、言論の自由のなかつたことを推測せしむるに充分である。(西口、明治憲法史の一斷面、經營と經濟第二九年第一冊、尾佐竹猛、憲法制定史上よりみたる天皇制、昭和二年一月十六・十七日毎日新聞)

又明治十五年の所謂主權論争は、憲法制定の方法論と密接不可分の關係にあつた。欽定憲法論は主權在君説を、國約憲法論は主權在君民間説を、民定憲法論は主權在民説を各々背景根據とせることは當然であるが、當時抑壓された政情下に於て公然主權在民、民定憲法の主張の公表は不可能であつたため、自ら修正された形においての主權在君民共有説として表われたのである。「主權在國家説はこれであつて、人民主權説の一變種ないし一分派」といわれる。(鈴木、前掲書、三七二頁)

政黨、民間の一部に行われた國約ないし民約(民定)憲法論に對して、政府は強く欽定憲法主義を堅持し、これらの民主的主張を彈壓したこともよりである。明治九年既に、「明治天皇自ら帝國憲法を欽定せらるべきこと」の大方針を闡明し、岩倉の憲法意見として上奏されたる「大綱領」「綱領」「意見」には、欽定憲法の体裁を用いらるべきことを先づ冒頭に強調していることは如何に欽定憲法主義を重視せるかが分るであらう。只しかし、「綱領」に附帶せられた「欽定憲法考」に於ては、明治憲法の如き程の君主主義は貫かれておらないで相當民主的憲法思想の表現がある。すなわち、「欽定、國約の區別は發布の形式によつて區別されるのであつて代議士の議を以て制定されることは兩者とも立憲國の通例である」(傍點筆者)となせる點である。「綱領」は岩倉の名で井上毅の起草せるものであり、井上毅の憲法思想における明治憲法よりも民主性を表現せるものであつた。(もつともこれは井上毅の初期の外國憲法の直譯的段階であつたのであるが。)しかし、その後の發展に於てかかる比較的民主的意見は洗滌されて強き欽定憲法主義の方向に舵が向けられたのであつた。明治十四年の詔勅には、「前略今在廷臣僚ニ命ジ假スニ時日ヲ以テシ經畫ノ責ニ當ラム其組織權限ニ至テハ朕親ラ衷ヲ裁シ時ニ及デ公布スル所アラントス後略」と示し、明治九年の基本原則欽定憲法主義を重ねて確認した。(英國流の憲法意見を懷いていた大隈重信でさえ、上奏した意見中「宸裁を以て憲法を制定せらるべきこと」の一項を入れて欽定憲法を主張していることは注目せらるる。)

かくて勅命を奉じて起草に従事したのが、伊藤、井上、伊東、金子の四名であり、秘密主義を嚴守するため多大の苦心をなした。起草者らの欽定憲法に對する考えは、「憲法某の手に起草せりと公傳するときは、特に物議を來すのみならず、其憲法なるもの忽ち世の尊敬を失うべく、尊敬なきの憲法は憲法なきに若かざるに至らん」という如き極めて神

秘的なるものであり、これ故にこそ秘密主義が強行された。民間の民權論者の批判を恐れたためでもあつた。要するに明治憲法の告文、勅語、上諭によつて示されたる如き神權的國體觀堅持の下における欽定憲法の起草であつた。前示の井上毅によつてものされた岩倉の憲法意見「綱領」に附帶した「欽定憲法考」はその後井上毅自身の憲法私案に於て既に廢棄せることが看取されるのであり、この變化は何に原因するか不明であるが、恐らく彼自身始めの直譯的なるものより次第に變化せる經過の一つの表われではなからうか、それは多く非民主化への道程であつたと稱しなければならぬのであるが。

又憲法案草完成し、愈々如何にしてこれを確定するかが問題となつた時、種々の案があつたが、元老院に草案を下付して議決せしめることは、元老院の國意案はわが國體に相符わぬとして排斥した伊藤らとしては到底容認する筈はなく、各府縣選出の總代を元老院議員と合同せしめる案も民間政黨の國民議會論の一部採用となる意味に於て斷然拒否したのであるから、更にそれ以上に民主的なるこの「欽定憲法考」が容認され採用さるべき筈がないのである。果して伊藤らの欽定憲法思想は、樞密院を創設して皇族及内閣大臣の他、朝野から動功練達の士を選抜して親任せる顧問官による審議の方法を採用せしめるにいたつた。凡そ「代議士の議を経る」などとは正反對の、否それを極度に排斥した非民主的な方法を以て秘密裡に行われたものである。樞密院に於ける秘密保持は徹底せるものであつたといわれ、又審議終了、發布後に於ても、この審議狀態は勿論のこと、一切について起草者らは秘密を嚴守したのである。これまさに欽定憲法に對する神秘的思想の表明であり、反民主的、官僚的、落閑的思想の表明でもあつたといわなければならない。

欽定憲法の思想を如實に示すものとして、伊藤樞密院議長が、「憲法草案ヲ進ムルノ表」(伊藤博文編、憲法資料上巻、三九頁)に於て、「前略憲法ノ成ルハ宜シク陛下ノ親シク取捨裁定スル所ニ由リ、始メテ神聖不侵ノ實典タルヲ得ベシ……臣博文進ムル所ノ稿本ハ即チ資料ヲ蒐集シ……蓋立憲ノ大事ハ唯陛下ノ獨リ能ク斷定スル所ニシテ唯レカ臣子ノ敢テ呶ニ預カル所ナリト謂ハンヤ後略」(傍點筆者)と述べている點、又明治天皇自身樞密院の會議に毎回親臨せられたことであり、「朕力祖宗ニ受クルノ大權ニ依リ現在及將來ノ臣民ニ對シ此不磨ノ大典ヲ宣布ス」というは、單なる形式的なる文言ではなく、文字通り君主主權に基いて君主が制定するという實を表現せるものである。

この欽定憲法主義の理論的歸結でないとしても特に強い意味に於ての表現は、改正の發案權を天皇にのみ專屬せしめたことであり、(憲法上論、憲法第七三條) 攝政在任中はその改正は出來ないことになつてゐた。(憲法第七五條參照) これ世界各國に例をみない規定であり、美濃部博士をして特に「之を日本の憲法の欽定憲法主義と稱せ」(美濃部達吉、日本憲法の基本主義、五三頁) しめたものである。起草者は欽定憲法なるが故に當然改正の發案權が天皇に專屬するものとの見解に立つたものであることは、「憲法義解」に説明せられてゐるところである。

しかも又、明治憲法が施行されて一度も改正が行われないでボツダム宣言受諾にいたつた。そのことについてもやはり欽定憲法に對する神秘思想の故にこれを讃美せずして批判することは不敬であるかの如き誤れる考えがその根柢にあつたと思われる。又事實上、欽定憲法の改正を主張することによつて出版法に問われたものもあつたという。(鈴木安藏、明治憲法と新憲法、二一六頁) こと憲法改正にまで到達する論議は極力回避せんとする非民主的態度は、例えば貴族院改革論議に於てもこれを見ることが出来る。貴族院の組織については、明治憲法第三四條に於て、「貴族院ハ貴族院令ノ定ムル所ニ依リ、皇族、華族及勅任セラレタル議員ヲ以テ組織ス」と規定されていたが、皇族については、「皇族のこととはさておき」として貴族院改革論者と雖も一指をも觸れようとせず、華族議員についてはその全廢を主張することは憲法改正に觸れる問題であるとして之を敬避し、その半減乃至三分の一減の主張にとどまつたようである。

滿洲事變以來次第に拾頭した絶對主義、軍國主義の隆盛は、歐洲の一部に於ける議會主義の輕視乃至無視の風潮と共に通したものがあつた。實質的には議會の存在を無價値なものたらしめ、かかる主張者においては、議會を一種の邪魔的存在と感じたのであらうが、彼等と雖も、これを表面形式上は否定しざることは出來なかつた。その理由は、議會は否定したいのであらうが、議會は明治憲法に嚴として規定してあり、議會を否定することは、彼等の極度に強調せる明治天皇の欽定された憲法を否定することになるのである。おもえばこの點において極めて皮肉な現象であつたといわなければならない。翼賛議會の名稱がその苦悶の象徴であつたのではなからうか。

更に今次憲法改正事業が政府により取上げられたと同じ頃、近衛公を中心として内大臣府に於て憲法改正の準備に着手したことを見逃してはならない。この内大臣府における憲法改正準備に對しては、「非立憲」なりとの輿論の反對が

あり、それに對して「憲法改正に關する輔弼の性質は、政府のそれと内大臣府のそれとは根本的に異なり、前者は國務上の行爲についての輔弼であり、後者は聖德玉成についての軫念についての輔弼」であるとの反駁が行われた論争や、内大臣府そのものが廢止された経緯、そのため内大臣府の憲法改正準備の中絶された結末はともかくとして、近衛公が憲法改正調査に着手した當初の意圖は相當積極的なものであつたことは極めて明瞭である。すなわち、その最初内大臣府御用掛となつた時に、「前略元帥は會談劈頭日本の憲法の自由主義下の必要を決然たる口調を以て述べ、次いでかかる運命を余が指導しては如何と示唆された。これに對して余は、『日本における憲法改正は天皇の發議による以外なされない』と答えたが、しかし余は元帥に傳達する旨を約した。余がこの旨天皇陛下に奏上申上げたところ天皇陛下は余に憲法改正の下準備をなすべき旨の御下命あり余は内府御用掛に任命されたのである。」（昭和二〇年十月三日朝日新聞）と自辯するところが率直に物語る如く、内府御用掛となつて憲法改正の下準備をなさんとするものであつた。これ宮澤教授も正當に指摘せられた如く、「欽定憲法といふことを誤解して政府の輔弼や責任の關係のない樂屋裏でなすべきもののように解した」（昭和二〇年十月十六日毎日新聞）結果ではなからうか。

以上明治憲法制定過程に於て反欽定憲法論があつたにも拘らず、政府はこれを斥けて強く欽定憲法主義を推進してか  
明治憲法を制定し、且運営し來つたこと、一般に欽定憲法に對する誤解、いわば神秘思想が存したことを述べた。要するに明治憲法については、制定の過程に於ても、その性格においても、運営に於ても純然たる欽定憲法であつて異論をさしはさむ余地はなかつたのであり、一部にはその濫用さえみうけられたのである。

## 三

以上の如く明治憲法の制定及運用ともに強き欽定憲法性を貫徹し、一度も憲法改正が行われないで敗戦によるポツダム宣言受諾にまでいたつたのである。

この一度も改正が行われなかつた明治憲法は、ポツダム宣言を受諾すると暫くして憲法改正は必要か否かの論争が行われた。ポツダム宣言は必ずしも憲法改正を要請しないとか、明治憲法は弾力性あるものであり、解釋によつて民主化

の要請をなしうるからポツダム宣言の要請にこたえうるとか、憲法の改正を必要としないのではないが時期尙早であるとかの論が政府學者の一部に行われた。それは明治憲法運用の過程において、一時憲法的慣習として政黨内閣制が行われ、これが「憲政の常道」なりとせられて比較的民主的運用の行われた時代を想起しての議論であつたと思われる。しかしかかる論は冷厳なる事實、敗戦によるポツダム宣言受諾の意義を正解せざる論であつたとせねばならぬ。ポツダム宣言は「日本の最終の政治形態は日本國民の自由に表明した意思によつて決定せらるべき」ことを要求している。すなわち、天皇制をも含めた日本の最終の政治形態、他言すれば將來の基礎法たる憲法の制定を「日本國民が自由に表明して決定」することをポツダム宣言受諾の時に聯合國に對して約束したことになる。明治憲法は神權的國體觀の下に天皇の欽定にかかるものであり、君主主權の強固なる貫徹は他國にその比をみざるものであつた。しかも非民主的政治機構の存在、人權の保障の薄弱さは既に數多の學者の指摘し來つたものである。明治憲法の運用の民主化と雖もこの君主主權の嚴たる一線は如何ともすることが出來ず、しかも「天皇の名に於て」屢々これが反民主的に惡用されたのであつた。ポツダム宣言の要請を考へる時到底明治憲法の運用の民主化のみを以てこの要請に應えなかつた筈である。果して大勢は憲法改正の必至論であつたといわれうるであらうし、又憲法改正が必要か否かの論は、マ元帥の昭和二〇年一〇月一日時の幣原首相に示された「憲法の自由主義化」の表明によつて終止符がうたるべきものであつた。これよりさき終戦直後、憲法改正論の優勢でなかつた昭和二〇年九月下旬、米國の往訪の記者に、天皇が「朕は英國の如き立憲君主制を欲する」といわれた記事は、明治憲法改正の發議權者の非公式なる發言として注目を引いた。こゝて十月中旬頃より内大臣府の憲法改正準備が進められんとした、しかしこれに對しては非立憲なりとの指摘を受け、内大臣府そのものの廢止により終止符がうたれたこと周知の如くである。政府は内大臣府の調査と並行して憲法改正調査にのりだしたのであつた。何れも「憲法の自由主義化」の要請にしたがうものであつた。その際政府は、明治憲法第七三條の改正の手續に従つて政府の行うべき國務の範圍として改正準備事業に着手したのであつた。

がしかし、一部には「直接人民より選舉される一院よりなる憲法制定議會による新憲法の制定」（例えば平野義太郎、昭和二〇年二月二日大學新聞）の主張もあつたことは見逃しえない。かかる論者の主張は、要するに、明治憲法の基盤た

る天皇制打倒、人民共和政府の樹立を主唱して明治憲法の排除を求むる明治憲法の全部修正論であり、新憲法制定すなわち、新憲法は民定憲法たるべしというにあつた。

政府の立場はあくまで明治憲法第七三條の手續によることを堅持し、且その範圍内におけるいわば微溫的改正論であり、全面的改正論は主張されなかつた。當時の政府を代表して答辯に當つた松本國務相の立場は極めて保守的なものであり、明治憲法の一部修正の原則を固守し、君主主權の一線は嚴として守り、その上での民主化であつたことは疑ない。これ所謂松本四原則が端的に表明するものであり、欽定憲法の一部修正で足れりとするものであつた。

然るに昭和二年三月六日發表された政府の憲法改正案要綱は、從來政府の堅持せる君主主權を否定し國民主權に立つものであつた。そこで問題は、明治憲法第七三條による憲法改正の限界——明治憲法第七三條の改正手續によつては、どのような内容の改正も憲法上可能であるという解釋もあつたが、しかし通説は明治憲法第一條乃至第四條、すなわち國体の變革は出來ない、——と、明治憲法第七三條の「改正の議決」の解釋、——從來明治憲法第七三條については、改正の發案權が天皇に專屬するのであるから、「改正の議決」と雖も、その可否を決するのみで議會には修正權はないというのが通説であつた。すなわち、天皇にのみ改正發案權を許している故、若し修正を許せば新なる發案をしたことになり天皇の發案權を侵すことになるからという理由であつた。しかし一部には議會の議に付せられる以上は修正權がなくてはならぬ、というのであるが、これもその修正は原案の範圍内という限定がついてゐた、——であつた。これらの問題については通説によれば、明治憲法第七三條の手續を以てしては明治憲法第一條乃至第四條の變更も出來ず、議會に修正權も認められないのであり、政府の改正案要綱は憲法第一條乃至第四條を變更せるものであるから、手續上違法ではないかとの論が起る筈である。果して政府内部に於てもこの草案による全面的改正審議前に憲法第七三條の改正を行うべし、且、草案自身の否定せる貴族院をしてこの改正に參與せしめるは適當でないから、貴族院に代る參議院法の制定を行うべきであるという意見が抬頭した。（佐藤功、憲法改正の經過、一二三頁以下參照）

しかし、この議論は結局實現されないで、明治憲法第七三條は改めないでも議會に修正權を認めるのは當然とし、貴族院は形式的には審議權は不適當で、實質的には審議權を失つているとの解釋が有力となり、政府はこの解釋に従つた



ようである。憲法審議議會を前にして専任された金森國務相は「憲法第七三條の解釋で自由なる議會に基いて自由なる議決をして貰う建前から修正は自由だと思ふ」と發言していることによつてもこれを裏書しているし、又憲法審議議會中における政府の答辯も亦同様であつたと思ふ。すなわち、ポツダム宣言に基く義務をこの現行憲法の秩序の下に實現して行くという義務を課せられたものと考へ第七三條によつたといひ、議會の審議の經過の中に「日本國民の自由に表明する意思」を見出すことが出来るという立場をとつた。

議會に於ても一部を除いてこの制定手續については異論はなかつたようである。且マ元帥も「本改正憲法が明治二二年發布の現行憲法と完全なる法的持續性が保障されることが必要である」という聲明によつて明治憲法第七三條による手續を支持承認しているのである。而して事實上、明治憲法第七三條の手續に従つて、議會に於ても自由なる修正が行われる建前の下に論議が行われたのであつた。かくて明治憲法の一部修正でなくて全部修正が成立したのであつた。要するに明治憲法第七三條の解釋と適用に於て、ポツダム宣言受諾により大なる變化が行われたことを看取することが出来るのである。

以上を要約すると、ポツダム宣言受諾によつて憲法改正か否かの論争が行われ、結局憲法改正が行われることになり、その方法として、一部には、人民の手による新憲法の制定を叫んだものもあつたが、政府はあくまで明治憲法第七三條に依つて手續を進めた、議會も一部を除いて絶對多數でこれを認め、且マ司令官も承認した。しかも從來の通説に於ては許されざる明治憲法第七三條の限界を超えた全面的改正であり、修正も自由の立場に於て行われたことを述べた。換言すれば、形式的にはあくまで明治憲法改正の手續によつた、上諭中にもその點明記してある。「樞密顧問の諮詢及帝國憲法第七三條による帝國議會の議決を経た帝國憲法の改正を裁可し、ここにこれを公布せしめる。」と。ところが、實質的には、疑もなく新憲法の制定である。前文中先づ、「日本國民は、……ここに主權が國民に存することを宣言しこの憲法を確定する。」「われらはこれに反する一切の憲法、法令及詔勅を排除する。」といひ、上諭中「日本國民の總意に基いて新日本建設の礎が定まるに至つたことを、深くよろこび」といふ。且、憲法第九六條には、憲法改正は、國會が發議して國民の承認を必要とする國民主權主義の理論的歸結を示している。世人これを新憲法と呼ぶのは極めて

妥當である。

斯様に形式的には欽定憲法の改正手續を履んでいるが、實質的にはあくまで民定憲法である場合に、果してこの憲法を何と呼ぶべきであらうか、學者によつて種々の説明が行われているのはこの故であらう。

はじめに新憲法は欽定憲法であるという説よりみよう。一例を挙げると、「日本國憲法は、……帝國憲法第七三條の規定により、勅命を以て議案を帝國議會の議に付し、その協議を経て裁可せられる手續によつて制定せられたものであるから、その制定手續からみれば、（傍點筆者）明かに天皇により制定せられたものであり、従つてそれはむしろ欽定憲法に屬するものといわなければならない。」（渡邊宗太郎、日本國憲法要論六五頁以下）と説明する。その制定手續の形式面に着眼して新憲法も欽定憲法であるというのである。ところが、前文の内容、すなわち、日本國民が確定したことについて、更に、「只前文の内容よりして、……天皇がこの憲法を制定せられるに當つては、國民の一人として、國民の總意に基き、國民を代表して、（傍點筆者）その内容を確定せられたものであることはいうを俟たないことである。」（前掲書、同所）とされている。新憲法制定の手續よりみて欽定憲法であるとされつつ、しかもそれは國民の一人として確定したということが論理上果して許されることであらうか、「國民の一人として國民の總意に基き確定せられた」ということは、國民主權主義に基いて國民の確定したことを示すので到底これを欽定憲法と稱し難いのではなからうか、かように前文の説明だけでも欽定憲法説は論理首尾一貫せずその説明に窮することになる。

そこで憲法制定の經過と制定された憲法の性格は區別しようという立場に立つてこの矛盾を救済せんとし、前文は制定された憲法の性格を述べたものであるという説明がないではない。すなわち、制定の手續は欽定憲法で、性格は民定憲法であるという二元的説明となる。これに類する説明として、學者の中には、「國民自身の憲法制定會議によらず、舊憲法第七三條によつて、天皇の發案と公布という欽定憲法の形式をとつたから、法形式の上からは、やはり欽定憲法なのだが、しかし、憲法そのものの議會に於ける論議や修正の經過からいうと、協約憲法の形をとり、憲法の前文自身の内容からいえば、純然たる民約憲法の性質を示している。」（鈴木安藏、明治憲法と新憲法）と説明する者もある。これらの説明は形式的にみて極めて巧妙であるが、新憲法制定の實質的根據に着眼せざる憾があり、新憲法そのものもつ

實質的性格を一元的に説明しえざるの欠點を有し、新憲法が國民主權主義に立つことの意義を減殺する處がある。その他一部では、「假りにそれが形式的には明治憲法第七三條の定める手續に基くものであり、依然欽定憲法として止まるとしても」(佐藤功、憲法改正の經過、序二頁以下)と述べていられるのは、たとえ後に「日本國民の自由に表明せる意思」にその根據を求められるとしても、依然假定的乍ら形式的には欽定憲法たることを容認せらるる論の如きである。これらの説明は、形式的には欽定憲法の改正手續に依つたことに對して全然これを無視しえざるがために、一應形式的には欽定憲法たることを容認し、新憲法の性格はあくまで民定憲法たることを認むるの論であると思う。(藤田嗣雄氏の立場も略々同様の見地に立たれるものの如きである。明治憲法論、二五八頁以下)

以上の所説に對して、形式的にみた場合にも、明治憲法は國民代表たる議會に諮らず官選の樞密院が御前會議に於て審議して「祖宗ニ受クルノ大權ニヨリ此不磨ノ大典ヲ宣布ス」という如き純然たる欽定憲法であるが、日本國憲法は、天皇の發案と裁可があつたとはいへ、國民代表たる議會の自由なる修正があつたことをみると、天皇と國民代表の機關たる議會との協約になる協約憲法なりとの論が生ずる。(中村哲、新憲法ノート、一九七頁以下)その根據は、憲法制定權者の轉移をもつて説明する。明治憲法が制定されるまでは制定權者は専ら君主であつたとしても、一たび明治憲法が制定されれば憲法制定權は憲法改正權と化する。従つて明治憲法は天皇の發意と議會の議決を必要としているのであり、新憲法はその手續に依つたのであるから、形式的には協約憲法であつて、欽定憲法ではない、とされる。(中村氏の所論は、もとよりこの形式論にとどまるのではなく、「協約憲法であるというのは形式的な解釋であるが、かえつて民定憲法である」と解釋することが、必要である。」とされ、ポツダム宣言の受諾によつて人民主權を承認した立場から實質的には民定憲法であるということが可能なのであるとされていることを序でにここに述べておきたい。)以上で形式論的にも欽定憲法のみでなく、協約憲法説のあることが明かとなつた。しかもこの協約憲法説も形式的解釋として斥けていられるのである。

欽定憲法説のみを採る場合は、多くポツダム宣言受諾によつて主權の轉移が行われたものでなく明治憲法第七三條は依然として效力を有し、「日本國憲法は、帝國憲法第七三條の定めるところの、天皇の提案、帝國議會の議決、天皇の

裁可という行動により成立したのである、即ち、日本國憲法は天皇が制定したまうたのである、故に日本國憲法は欽定憲法である。」(佐々木惣一、日本國憲法論、二三頁)と説明し、「憲法成立手續より見た日本國憲法自身の性質の問題と、將來の憲法の性質の問題を混同してはならぬ。」とされる。かかる表見的、形式的説明が憲法成立手續よりみた日本國憲法の性質としても果して妥當であらうか、そこに問題がある。

ボツダム宣言の受諾なくしてもかかる全面的改正が行われ、天皇主權より國民主權への轉移が明治憲法第七三條によつて可能であつたであらうか、議會に於て自由なる修正が行われたことをかかる論者は如何に説明しうるか、これらは從來通説に於て認めざるものではなかつたか、又前文の「日本國民が……この憲法を確定する」を如何に説明するか、新憲法は天皇が制定した憲法といへばボツダム宣言に抵觸するのではないか、以上の諸點に想いをいたすとき、憲法改正乃至新憲法制定の根據の特殊性の認識に到達しなければならないのではなからうか。

ここにボツダム宣言の明治憲法に及ぼす效果の考察が必要である。ボツダム宣言受諾は主權者たる天皇が形式的にはなした權限であつた。しかし、日本の最終の統治形態は、日本國民の自由に表明する意思によつては決せられない明治憲法に於て、日本國民の自由に表明する意思によつて決するといふ聯合國への約束は、すでにその時明治憲法の認めざる、明治憲法を超えた約束であつたものではないか、それは無條件降伏のもたらした結果である。従つてその時、天皇が主權者たるの權限に於て受諾した内容は、既に超明治憲法的なる内容であり、一種の革命と稱しうるのではなからうか、換言すれば、その時、この革命によつて「國民主權が日本の政治体制の根本原理」(宮澤俊義、憲法大意、四五頁)となつたといえないであらうか。ここに國際法と國內法の關係について一言しなければならぬ。ボツダム宣言を受諾するも、國內法はその改廢を行わなければ何らの變更なきものと解すると、ボツダム宣言を受諾することによつて、その範圍に於て國內法上變化を蒙るとの見解をとるとにより、この問題の解決に差異を生ずるのではなからうか、若し後者の見解に立つと、明治憲法はこのボツダム宣言に抵觸する範圍に於てその實質的效力の喪失がなされており、只形式的に國內法的分野に於て如何に處置するかの問題が残されていたものと解しなければならぬであらう。

そこで斯様にみた場合に、では何故明治憲法第七三條によつたかの反問があるに相違ない。この點に關して、民定憲

法説を採る學者の中、本來は、新に憲法制定議會を設けた方が筋が通つていた、とされる點は大体一致しているが、（美濃部達吉、日本國憲法原論、宮澤俊義、憲法大意）明治憲法第七三條によつたという點は、一部ではボツダム宣言によつて明治憲法第七三條は廢除せられたが、これによつたのは、既存の議會を利用する方法をとり、議會も異議なく同意し、司令部も承認したから正當なる手續といえるというに對し、他の一部では、ボツダム宣言の受諾により明治憲法第七三條の解釋と適用に變化が行われたとして、「しかし、明治憲法が——その根本的建前は變つても、その限界内に於て——まだ引續き效力をもつていたのであるから、その定める手續によつて、新憲法を制定し、それによつて明治憲法との間に形式的繼續性を持たせることは、實際上極めて便宜でもあつた。」（宮澤、前掲書、同所）とされている。何れも結果的には大差なき説明であつて、要するに、ボツダム宣言受諾により一種の革命が行われ、國民主權はその時承認され、新憲法が民定憲法たるの結論については一致している。

上述の所よりして明かな如く、新憲法制定は、特殊の事情の下になされたものであつて、これを單なる國內事情の下における一部改正の行われたものと同斷に、形式的に欽定憲法の改正手續によつたから依然欽定憲法であるなどというのは、全く表見的形式論にとらわれた見解と稱すべく、その由つて來るところ、ボツダム宣言に基因するのであるから、その點の影響を考察しなければならない。然るとき明治憲法第七三條によつたことは、若しボツダム宣言受諾なくしてかかる變革を行うならば、明かに違法であつたといわなければならない。しかし、ボツダム宣言自体が超明治憲法の效力を有し、明治憲法の限界を超えた内容を含むものである以上、且これを承認した時、明治憲法第七三條の如きは、ボツダム宣言に牴觸する部分は效力を失つたと解しなければならぬ。すなわち、天皇にのみ憲法改正の發議權があるということは、ここでは「日本國民の自由に表明した意思によつて決する」という點に觸れるものであつたと解しなければならない。従つて政府の案は參考案にとどまり、（美濃部、前掲書、二六頁）國民代表たる議會も自由に發案が出來うるのであるから、「自由なる議會に於て自由に修正」が可能であつたし、貴族院の議決及天皇や樞密院の關與は、明治憲法第七三條なる形式的手續によつたことのやむをえざる結果としての形式的手續を履んだに過ぎなかつたと解しなければならない。要するに、明治憲法第七三條によつたことは、明治憲法との形式的繼續性をもたせるための便宜的

處置として利用せるに過ぎないものであつて、その場合にその解釋と適用はあくまでポツダム宣言によつて大なる變化を遂げたものであり、ポツダム宣言受諾前の解釋を以てこれを律してはならない。

以上の如く解することによつて、はじめて、「日本國民は正當に選舉された國會を通じて行動し、……主權は國民に存する、ことを宣言してこの憲法を確定する」の意義を明確にしうるので、これ既に承認した國民主權を、ここに宣言したものであり、國民主權に基づいて國民が確定したものである。國民主權に基いて國民が、直接又はその代表機關を通じて制定した憲法は何れも民定憲法と稱すべく、世界の諸民定憲法と同様、新憲法も亦これを民定憲法といわなければならない。

かくてこの民定憲法の理論的歸結として當然に憲法第九六條は、「この憲法の改正は、各議院の總議員の三分の二以上の賛成で、國會が、これを發議し、國民に提案してその承認を経なければならぬ。この承認には、特別の國民投票又は國會の定める選舉の舉行される投票において、その過半數の賛成を必要とする。」と規定し、憲法改正は、國會がこれを發議し、國民の承認を経べきものとなしたのは、ひとえに民定憲法の原理を明確に結論づけたものである。

以上によつて、新憲法制定の經過をその實狀に於て述べ、新憲法の民定憲法性の實際的根據を説き、又新憲法についても欽定憲法説のあることを述べてその民定憲法性の理論的根據に論及したのである。

要するに、明治憲法が純然たる欽定憲法たりしことは一點の異論なきところであるが、新憲法は形式的にみて、表見上欽定憲法の外形を具えるかの如くみえて、實質的には民定憲法である。この外形に力點をおくのみならず、新憲法を欽定憲法という論の生ずるのは一理なきことではないが、われわれがあくまで、かかる表見的形式にとらわれず、その實質と新憲法制定の特殊的根據に着眼する時、かかる形式論を超越して、これを一元的に民定憲法として把握しうるのである。かくてこそ十全に新憲法の革命的意義の闡明に奉仕しうるのであらうし、理論的透徹を期しうると信ずる。